



Roj: **STS 904/2022 - ECLI:ES:TS:2022:904**

Id Cendoj: **28079120012022100200**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **09/03/2022**

Nº de Recurso: **4222/2020**

Nº de Resolución: **207/2022**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **ANGEL LUIS HURTADO ADRIAN**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 207/2022

Fecha de sentencia: 09/03/2022

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 4222/2020

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 08/03/2022

Ponente: Excmo. Sr. D. Ángel Luis Hurtado Adrián

Procedencia: T.S.J.EXTREMADURA SALA CIV/PE

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María del Carmen Calvo Velasco

Transcrito por: IGA

Nota:

RECURSO CASACION núm.: 4222/2020

Ponente: Excmo. Sr. D. Ángel Luis Hurtado Adrián

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María del Carmen Calvo Velasco

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 207/2022

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca

D^a. Ana María Ferrer García

D. Pablo Llarena Conde

D. Vicente Magro Servet

D. Ángel Luis Hurtado Adrián

En Madrid, a 9 de marzo de 2022.



Esta Sala ha visto el recurso de casación nº 4222/2020, interpuesto por **Fernando**, representado por el Procurador de los Tribunales D. Antonio Álvarez-Buylla Ballesteros y bajo la dirección letrada de D. José Carlos Martín Macias, contra la sentencia nº 25/2020 dictada con fecha 22 de julio de 2020 por la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura, que resuelve la apelación (Rollo de apelación 15/2020) contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Cáceres, Sección 2ª, de fecha 25 de julio de 2019.

Los Excmos. Sres. Magistrados componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, que al margen se expresan se han constituido para la deliberación y fallo bajo la Presidencia del primero de los indicados.

Ha sido parte recurrida el Ministerio Fiscal, y Genoveva representada por la Procuradora de los Tribunales Dª. Elena Solano Herrero y bajo la dirección Letrada de D. Hugo Patrocinio Polo.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Ángel Luis Hurtado Adrián.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En el Procedimiento Abreviado nº 16/2019 (dimanante del PA 757/2016 del Juzgado de Instrucción nº 1 de DIRECCION000), seguido ante la Audiencia Provincial de Cáceres, Secc. 2ª, con fecha 25 de julio de 2019, se dictó sentencia condenatoria para Fernando como responsable de un delito continuado de apropiación indebida en concurso ideal con un delito de deslealtad profesional y otro de falsificación en documento mercantil en concurso de normas con un delito de estafa subtipo agravado, que contiene los siguientes **Hechos Probados**:

"Son hechos probados y así se declaran los siguientes

-1º) Que el acusado Fernando mayor de edad penal y sin antecedentes penales, actuando primero en cualidad de defensor judicial (cargo ostentado tras el auto 3/10/2014 dictado en el Juzgado de Instrucción nº 3 de DIRECCION000 dentro del Expediente de Jurisdicción voluntaria n 0469/2014) de la menor Nieves, quien junto con sus hermanos de parte de padre y mayores de edad, D. Primitivo y Dña Ramona, resultaban ser los tres herederos del fallecido progenitor el Sr. Primitivo, propietario de la vivienda unifamiliar sita la C/ DIRECCION001 no NUM000 de DIRECCION002 y consiguientemente ellos ostentando unos derechos hereditarios y por partes iguales respecto de la citada vivienda, procedió a intervenir en tal cualidad en la celebración de un contrato de arrendamiento con opción a compra sobre esa casa en fecha 30/3/2015 y en el que figuraban como "parte arrendadora y vendedora, los hermanos Ramona y Teodulfo (cada uno, en su propio nombre) y él como Defensor judicial de la menor Nieves (e hija menor de edad de la querellante) y como "parte arrendataria con opción de compra", el Sr. Ruperto y Dña. Agustina. Si bien, posteriormente y actuando expresamente Fernando en nombre y representación de la querellante por poder especial otorgado ante notario de DIRECCION000 el día 30/10/2015 por la Sra. Genoveva (y quien, a su vez ostentaba la patria potestad de su hija menor de edad y contaba con autorización judicial para enajenar el citado bien inmueble por Auto n o 200/2015 recaído en el Expediente de Jurisdicción Voluntaria 504/2015 seguido en el Juzgado n o 1 de DIRECCION000) pasó a intervenir en tal cualidad en la formalización y materialización de la ya concreta operación de venta y enajenación de la vivienda unifamiliar sita en la C/ DIRECCION001 n NUM000 de DIRECCION002, en la tercera parte indivisa que a la menor Nieves le correspondía (según escritura de partición de herencia otorgada previamente el día 15/5/2015 ante el notario de DIRECCION002) y que expresamente se plasmó en la Escritura Pública de compraventa de fecha 17/11/2015 otorgada ante el notario de Madrid, el Sr. José Manuel Vara González y siendo la parte compradora y definitiva, los precitados citados señores y a su vez cónyuges, D. Ruperto y Dña. Agustina. Sin embargo, el acusado y antes de formalizarse esa venta en escritura y actuando, sin consulta ni conocimiento de la querellante que ya le había otorgado el poder especial para la enajenación de la casa en la proporción que le correspondía a su hija Nieves, se puso en contacto directo con la Sra. Agustina, diciéndole que su representada (la Sra. Genoveva) y su hija menor, no tenían dinero ni contaban con los suficientes recursos económicos en aquellos momentos para pagarle sus honorarios como letrado en ese procedimiento de formalización y finalización efectiva de la compra de la precitada casa por la misma y su marido, por lo que procedería que ella directa y materialmente se los abonase al propio letrado si bien ellos se descontarían después a su cliente y expresamente de la parte del precio de la vivienda (y en la parte o cuota hereditaria) que le correspondiera percibir a la menor Nieves y a los compradores abonar. Y así en concreto, Fernando partiendo de ese contexto y conversaciones mantenidas con la Sra. Agustina, emitió a continuación seis facturas por un importe total de 7.510,07 euros a nombre de la menor Nieves y que efectivamente fueron pagadas por la Sra. Agustina e ingresadas en las cuentas corrientes indicadas por el acusado y que no habiendo sido tales hechos puestos en conocimiento de la querellante, quien desconocía completamente su existencia. El acusado distribuyó o individualizó la exigencia de esa cantidad total y la Sra. Agustina se las ingresó en las cuentas corrientes por él proporcionadas, esto es en la identificada con el n o NUM001 del Banco Sabadell y en la no NUM002 del Banco Santander S.A., (folios 412,416,418 y 424 de las



actuaciones) y a través de facturas de distintos importes, así el día 11/2/2015 emitió la factura nº NUM003 por la cantidad de 1.089 euros; el día 21/3/2015, la factura nº NUM004, con igual número que la anterior pero por un importe de 1.775,07; el día 22/6/2015 la factura nº NUM005 por importe de 1984,4 euros; el día 22/6/2015, la factura nº NUM006 por un importe de 847 euros; el día 23/9/2015, la factura nº NUM007 por importe de 847 euros y el día 24/9/2015 la factura nº NUM008 por importe de 968 euros. Y enterándose mucho después, ya en el año 2016 y casualmente la querellante a través de una conversación telefónica con la Sra. Agustina de esos abonos de honorarios al letrado, pedidos en su nombre por el mismo y ellos, precisamente a cuenta de la parte del precio de la venta del inmueble que correspondía a su hija menor de edad y que consiguientemente él resultó mermado.

2º) Igualmente se considera acreditado que Fernando procedió a elaborar con fecha del día 27/5/2015 una factura por importe de 448,91 euros a nombre de la menor Nieves y con datos que no se correspondían con la realidad y que atribuía específicamente a una procuradora con domicilio profesional, sito en la AVENIDA000 NUM010 - NUM009 DIRECCION000, teléfono NUM011 y fax NUM011 y llamada Dña. Begoña, quien no había tenido nunca intervención ni realizado actuación profesional alguna en el procedimiento judicial que allí se identificaba como el Expediente de Jurisdicción voluntaria nº 469/2014 seguido en el Juzgado de Primera instancia e Instrucción nº 3 de DIRECCION000 y que igualmente pedida esa suma por el acusado a la Sra. Agustina como gastos y provisión de fondos para esa procuradora en un procedimiento judicial que era necesario para culminar la compra de la casa, y en esa creencia, ella se los abonó y los ingresó materialmente el día 29/5/2015 en la cuenta corriente del acusado con nº NUM012 del Banco Sabadell (folio 454) quien a partir de ese momento dispuso perfectamente de ese dinero para sus propios intereses y no ha devuelto esa cantidad, sino hasta el comienzo de la presente causa penal.

-No se considera, en cambio, debidamente acreditado ni plenamente probado en el juicio oral celebrado que el acusado Fernando en su cualidad de abogado y letrado particular de la Sra. Genoveva y de una forma prolongada en el tiempo y comprendida aproximadamente entre el mes julio del año 2013 y diciembre del año 2015 procediese a cobrarle en su cuenta del banco Sabadell la cantidad total de 10.306,3 euros, a través de pagos sucesivos y abonos diversos efectuados por Genoveva por transferencias y pagos en ventanilla por servicios inexistentes o inexactos, sin explicarle los servicios o conceptos en los que se los reclamaba y, a la vez, haciéndole creer que las cantidades requeridas sí le eran debidas".

SEGUNDO.- La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento:

"LA SALA DIJO: que debemos CONDENAR y CONDENAMOS al acusado Fernando como AUTOR responsable de un delito continuado de apropiación indebida en concurso ideal con un delito de deslealtad profesional, ya definidos a la pena de PRISION DE UN AÑO, NUEVE MESES Y UN DIA con inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y a la pena de MULTA DE DOCE MESES con cuota diaria de dos euros con responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago o insolvencia sobrevenida e INHABILITACIÓN ESPECIAL PARA EL EJERCICIO DE LA ABOGACIA DURANTE EL TIEMPO DE UN AÑO y como AUTOR responsable de un delito de falsificación documento mercantil en concurso de normas con un delito de estafa subtipo agravado y ya definidos, a la pena de UN AÑO DE PRISIÓN con inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y pena de MULTA DE SEIS MESES con cuota diaria de dos euros con responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago o insolvencia sobrevenida

En concepto de responsabilidad civil, el acusado deberá indemnizar a la parte perjudicada en la cantidad total de 7.958,98 euros (resultante de sumar las cantidades de 7.510,07 euros y 448,91 euros) más los intereses legales correspondientes.

Igualmente la SALA DIJO: que se declara la ABSOLUCIÓN del acusado Fernando en el DELITO CONTINUADO DE ESTAFA y también objeto de la Acusación particular contra él formulada.

Las costas procesales, inclusive las de la A. Particular, se imponen al condenado Fernando bien se exceptúa una tercera parte (1/3) que se declaran de oficio, dada la absolución declarada en uno de los delitos objeto de la precitada (y única) Acusación personada".

TERCERO.- Interpuesto Recurso de Apelación por Fernando contra la sentencia anteriormente citada, la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura dictó sentencia nº 25/20 de fecha 22 de junio de 2020, con el siguiente encabezamiento:

"La Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura ha visto, en grado de apelación, la causa seguida en la Audiencia Provincial de Cáceres, Sección Segunda, Rollo N.º 16/2019, dimanante de Diligencias seguidas en el Juzgado de Instrucción N.º 1 de DIRECCION000 PPA 757/2016, por delito de estafa, contra el inculpado Fernando, con D.N.I. NUM013, estando representado por la Procuradora Sra. Fernández



Chávez y defendido por el Letrado Sr. Martín Macías; por la Acusación Particular, Genoveva, con DNI NUM NUM014, representada por la Procuradora Sra. Solana Herrero, y defendida por el Letrado Sr. Patrocinio Polo Sofía Vela Iglesias; siendo parte el Ministerio Fiscal".

Y el FALLO de la sentencia de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura de fecha 22 de junio de 2020 es del siguiente tenor literal:

"DESESTIMAMOS el recurso de Apelación formulado por la Procuradora Doña María Inmaculada Fernández Chávez, en nombre y representación de D. Fernando, así como el escrito de adhesión al mismo presentado por el Ministerio Fiscal contra la Sentencia N^o 213/2019, de fecha 25 de julio de 2019, dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Cáceres, CONFIRMANDO en su integridad la meritada resolución, declarando de oficio las costas devengadas en la tramitación de esta alzada".

CUARTO.- Notificada en forma la anterior resolución a las partes personadas, se preparó recurso de casación por Fernando, que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las actuaciones y certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el rollo y formalizándose el recurso.

QUINTO.- La representación legal de Fernando alegó los siguientes **motivos de casación**:

1. PRIMER MOTIVO: Infracción de precepto constitucional por vulneración del principio acusatorio y, por ello, del derecho de defensa, reconocido en el artículo 24 de la Constitución Española, en relación con los artículos 74, 248, 249, 250.1.6^o, 253.1, 393 y 467.2 del Código Penal, al amparo del artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

2. SEGUNDO MOTIVO: Infracción de precepto constitucional por vulneración del principio acusatorio y, por ello, del derecho de defensa, ambos reconocidos en el artículo 24 de la Constitución Española en relación con el artículo 253.1 del Código Penal, al amparo del artículo 852 de la vigente Ley de Enjuiciamiento Criminal.

3. TERCER MOTIVO: Infracción de precepto constitucional por vulneración del principio acusatorio y del derecho a la tutela judicial efectiva, ambos reconocidos en el artículo 24 de la Constitución Española, en relación con los artículos 253.1 y 74 del Código penal, al amparo del artículo 852 de la vigente Ley de Enjuiciamiento Criminal.

4. MOTIVO CUARTO: Infracción de ley por indebida aplicación de los artículos 253.1 y 74.1 del Código Penal, al amparo del artículo 852 de la vigente Ley de Enjuiciamiento Criminal.

SEXTO.- Conferido traslado para instrucción, la representación procesal de Genoveva, se opone al recurso y solicita la inadmisión. El Ministerio Fiscal interesó la inadmisión y, subsidiariamente, su desestimación, de conformidad con lo expresado en su informe de fecha 11 de mayo de 2021; la Sala lo admitió a trámite, quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

SÉPTIMO.- Hecho el señalamiento para el fallo, se celebró la deliberación y votación prevenida el día 8 de marzo de 2022.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se alega como primer motivo de recurso infracción de precepto constitucional por vulneración del principio acusatorio y, por ello, del derecho de defensa del art. 24 CE, en relación con los arts. 74, 248, 249, 250.1.6^o, 253.1, 393 y 467.2 CP, al amparo del art 852 LECrim.

1. El eje fundamental sobre el que construye el motivo el recurrente, gira en torno a una vulneración del principio acusatorio, pues considera que, tal como estructuró la acusación particular, única acusación, sus conclusiones, no han sido trasladados sus hechos de manera correcta al antecedente de hechos probados de la sentencia de instancia, en función de las calificaciones que a los mismos se daba en el propio escrito de calificación.

Para dar respuesta al motivo, comenzaremos por transcribir, de dicho escrito de conclusiones, lo que interesa, que será, por un lado, el relato fáctico y, por otro, las calificaciones jurídicas.

Como hechos, comenzaba con un primer párrafo común, que luego desdoblaba en tres apartados, cada uno relacionado con una letra. Decía así:

"El ACUSADO, Fernando, con ánimo de obtener un beneficio patrimonial ilícito, al amparo y socaire de ser el letrado de Da Genoveva y de su hija menor Nieves, siendo además defensor judicial de ésta última, con manifiesto abuso de la confianza depositada en él, no solo por ser el abogado de estas personas, sino también al haber sido recomendado por su hermana, Da Raquel, amiga de Da Genoveva, utilizando diferentes modus operandi fue desde julio de 2013:



a) Apropiándose de forma continuada en el tiempo, de una serie de partidas de dinero que pedía a D^a Genoveva mediante DIRECCION003 , para según éste hacer diferentes pagos y/o provisiones a notarios, registros, tasas, procuradores, gastos de banco, etc, sin que realmente nunca utilizara esos dineros para tales fines, apropiándose de los mismos en perjuicio de Nieves , por un importe total de 10.306,3€.

b) Apropiándose de diferentes cantidades de dinero en perjuicio de Nieves , al presentar al cobro a Da Agustina (compradora de un inmueble en DIRECCION002 perteneciente a la herencia dejada por D. Primitivo) 6 facturas a nombre de Nieves , por importe total de 7.510,07€, a escondidas y sin autorización ni anuencia ni conocimiento de Da Genoveva , aparentando un actuar legal por su condición de letrado de D^a Genoveva y defensor judicial de Nieves , por conceptos ya abonados con anterioridad por ésta, duplicando los mismos, quedándose además con el IVA correspondiente, y todo ello a cuenta de la cuota de herencia de Nieves respecto al precio de venta de la casa de DIRECCION002 , inmueble de la herencia, cuota que se vio reducida de nuevo sin tener conocimiento de ello Da Genoveva quien se enteró accidentalmente de estos hechos a través de Da Agustina .

c) Apropiándose de 450 € en perjuicio de Nieves , elaborando una factura falsa con los datos de la procuradora Da Begoña , por un concepto irreal y falso, y unos servicios inexistentes, presentando dicha factura al cobro a Da Agustina mediante email, aparentando un actuar lícito por su condición de letrado de D^a Genoveva y defensor judicial de Nieves , aportando un número de cuenta propio, todo ello a escondidas y sin conocimiento ni de Da Genoveva , ni de Da Begoña , apropiándose de dicha cantidad en perjuicio de Nieves " .

Y en lo relativo a la calificación jurídica decía que los hechos eran constitutivos de:

" 1º. Un delito continuado de **APROPIACIÓN INDEBIDA** del art. 253 en relación con el art. 249 y 74 del CP, en concurso ideal con un delito de **DESLEALTAD PROFESIONAL** del art. 467 del CP.

2º. Un delito de **FALSEDAD DOCUMENTAL** del art. 392.1 del CP, en concurso medial con un delito continuado de ESTAFA, subtipo agravado, de los artículos 250.1.5º, en relación con los artículos 74 y 248, todos del CP en vigor antes de la reforma del 2015.

3º. Un delito continuado de ESTAFA del art. 250.1.5º, en relación con los artículos 74 y 248, todos del CP en vigor antes de la reforma del 2015".

El planteamiento del recurrente, ya llevado al previo recurso de apelación, obtuvo respuesta tanto en la sentencia de primera instancia como en la de segunda, en las que se sistematizó de manera acorde con lo que es la estructura de una sentencia penal ese desordenado contenido del escrito de conclusiones, pues la realidad es que no se puede decir que hubiera una correcta correlación entre hechos y calificaciones jurídicas, lo que no quiere decir que no existiera la congruencia que exige el art. 650 LECrim a la hora de redactar cualquier escrito de conclusiones, pues había una redacción de hechos punibles que resultaban del sumario, con su correspondiente calificación legal, mediante la definición de distintos delitos, que es lo que precisa dicho artículo, independientemente que el orden con que se mencionaban los delitos no siguiese el orden con que se habían colocado los hechos.

Por esta razón tanto la sentencia de instancia como la de apelación, así como el M.F. ante esta Sala en su escrito de impugnación al recurso, apuntan que ese escrito de conclusiones definitivas presentado por la acusación particular no es el mejor ejemplo de sistematización de lo que debe ser un escrito de esta naturaleza, lo que no quiere decirse con ello que se aparte, en lo esencial, del guion, estructura y contenido que establece el art. 732, en relación con el 650 LECrim., y lo que la sentencia de instancia hizo fue adaptar ese contenido a la sistemática que impone una correcta técnica procesal, de manera que fue así como consiguió guardar la congruencia que precisa toda sentencia penal con la pretensión de condena presentada por la acusación.

2. Si ahora vamos a la sentencia de instancia, podemos observar que los hechos del apartado a) del escrito de conclusiones son el antecedente del último párrafo del segundo de los hechos que declara probados dicha sentencia, cuyo correlativo no es el 1º los delitos que se mencionan en la parte de calificaciones del mismo escrito de acusación, sino del 3º, delito de estafa continuada, como evidencia que lo concerniente a éstos se da respuesta en el tercero de los fundamentos de derecho de la sentencia de instancia, hasta concluir con un pronunciamiento absolutorio en lo que a dicho delito se refiere.

Los hechos que en el escrito de calificación se relatan en el apartado b), se corresponden con el relato fáctico del 1º de los hechos probados, y su tratamiento se aborda en el primero de los fundamentos de derecho, en que se considera que, efectivamente, esos hechos son constitutivos de los delitos de apropiación indebida y deslealtad profesional, como los calificaba la acusación particular, en su apartado 1º de calificaciones jurídicas.



Y los hechos del apartado c) son la base para el factum que la sentencia traslada al párrafo primero del 2º hecho probado, cuya valoración se realiza en el segundo de los fundamentos de derecho, y determinan la condena por el delito de falsedad en documento mercantil en concurso de normas con el de estafa del 2º bloque de calificaciones jurídicas.

Ante tal desorden estructural, la defensa, poniendo su énfasis en el relato del apartado b) del escrito de conclusiones ha venido manteniendo que la calificación correspondiente al mismo era, no la de apropiación indebida y deslealtad profesional del 1º de los bloques de calificaciones jurídica, sino del 3º, relativo al delito de estafa continuado, que en ningún caso podía ser el de apropiación indebida del 1º, de manera que, al haber sido condenado por este segundo, se le ha colocado en un situación de la que no pudo defenderse, al no ser delitos homogéneos, lo que debería llevar a la absolución.

Igual planteamiento realizó la defensa con ocasión del previo recurso de apelación, ante lo cual, en el fundamento de derecho tercero de la sentencia dictada por el TSJ, se hicieron unas breves consideraciones, en relación con la homogeneidad de los delitos de estafa y apropiación indebida, en que razonaba que "sin perjuicio de que no se dijera expresamente, se colegía del escrito y antecedentes a que nos hemos referido anteriormente que ambos tipos (estafa y apropiación indebida) se propusieron alternativamente, lo que permitió a la defensa valorar si procedía permitir subsumir los hechos en una u otra calificación", consideración que no convence al recurrente que, ahora, en casación alega que no cabe entender que "la acusación particular, en realidad, había realizado implícitamente ("se colige") una calificación alternativa. Lo que no es cierto y, además, no puede "colegirse" contra reo".

En el plano formal no podemos quitar razón al recurrente, porque colegir implícitamente contra reo una calificación alternativa, cuando no está expresamente concretada, además de ir en contra de lo dispuesto en el art. 653 LECrim., no cabe duda que puede repercutir en contra del derecho de defensa; ahora bien, cuando en el caso descendemos al fondo, tras haber visionado la declaración del acusado y el informe de su defensa en juicio, hemos de coincidir con la sentencia de apelación en que ambos sabían de qué hecho y con qué calificación jurídica concreta se acusaba.

En todo caso, y dejando esto al margen, aceptando la tesis del recurrente de la inexistente homogeneidad entre los delitos de apropiación indebida y estafa a los efectos del principio acusatorio (y sin entrar en el debate relativo a los supuestos limítrofes entre ambos delitos), si pasamos a un estudio integral y completo tanto de la sentencia de instancia como de apelación, se puede comprobar que al acusado se le condenó por los delitos de apropiación indebida y deslealtad profesional, como consideramos que era la calificación que se había asociado a los hechos del apartado b) de la conclusión segunda, por más que insista su defensa que se trataba de un delito de estafa. De hecho, en esa lectura integral y coherente de la sentencia de instancia, se puede comprobar que los hechos concernientes al delito de estafa continuada del punto 3º, son los que guardan relación con el párrafo final del 2º hecho probado, y su tratamiento jurídico se encuentra en el fundamento de derecho tercero, respecto de los cuales la sentencia contiene un pronunciamiento absolutorio.

Sin perjuicio de que en el fundamento siguiente nos detendremos en la calificación jurídica, con lo dicho consideramos suficiente en relación con el reproche por la incorrecta correlación entre hechos y calificaciones jurídica que presentaba el escrito de conclusiones de la acusación particular, de ahí que sea procedente desestimar este motivo de recurso.

SEGUNDO.- Son varios los motivos del recurso que contienen una queja por aplicación indebida del art. 253.1 CP, bien por sí solo, bien en relación con el art. 74.1 CP, que iremos abordando por el orden que consideramos más idóneo para dar una respuesta, que será favorable al recurrente, y lo haremos desde el punto de vista del tratamiento del motivo por *error iuris*, del art. 849.1 LECrim, porque, aunque no haya sido invocado expresamente, en definitiva, se está cuestionando la calificación jurídica de los hechos y es una constante por parte de los recurridos estar a los hechos que declara probado la sentencia de instancia.

1. Como primera cuestión nos referiremos a la calificación jurídica del presupuesto fáctico que ha sido base para la condena por el delito de apropiación indebida continuada, en concurso ideal con el de deslealtad profesional, que es el recogido en el 1º de los hechos probados, y que tiene su antecedente en la conclusión segunda b) del escrito de acusación.

Insiste el recurrente, en línea con lo que hiciera con ocasión del recurso de apelación, en que esos hechos deberían merecer la calificación jurídica de delito de estafa, y lo hace con consideraciones que sirven para poner de relieve casos en que las fronteras entre un delito y otro no siempre están tan definidas como para diferenciarlos con nitidez.

Planteado el debate con ocasión del recurso de apelación, la STJ, en línea con la de la Audiencia Provincial, para decantarse por el delito de apropiación indebida, tiene muy en cuenta la relación profesional del acusado,



como abogado de la menor, Nieves, hija de la querellante, y la confianza depositada en él para que actúe como defensor judicial en la venta, junto con sus otros dos hermanos, de la vivienda de DIRECCION002. Y es en el curso de esa intervención cuando se apodera indebidamente de los 7.510,07 €, mediante la emisión de unas facturas, que no se han tachado de falsas, y que abona la compradora.

La tesis del recurrente para defender la calificación del hecho como constitutivo del delito de estafa, se centra en que considera que hay un elemento causante de un desplazamiento patrimonial llevado a cabo por la compradora del inmueble, consistente en una maquinación engañosa, ejercida por el acusado sobre ella con la finalidad de que pagase esas facturas por un importe total de 7.510,07 €.

Se refiere a las 6 facturas que, siendo defensor judicial de la menor Nieves, presenta al cobro a la referida compradora, cuya cantidad se descontaría del precio de venta, en concreto, de la cuota de herencia de la menor, que se vería reducida en perjuicio de ésta, y tan es así que la propia sentencia a quien considera perjudicada es a dicha menor, no a la compradora, quien, como hemos podido comprobar que dijo en su declaración prestada en juicio, los pagos que hizo fueron a cuenta del precio de la vivienda, y que redujo o descontó en esa cantidad su precio, y, así, hay un pasaje absolutamente clarificador en el fundamento de derecho primero de la sentencia de instancia, que se refiere al "consiguiente perjuicio final y causado a los intereses legítimos de la hija de la querellante en esa operación de venta, pues su parte proporcional en el precio del inmueble finalmente se vio mermado en la precitada suma".

En este sentido, si acudimos a los hechos que declara probados la sentencia de instancia, en ellos se dice, por un lado, que el condenado sin consulta ni conocimiento de la querellante se dirige a la compradora y le dice que, como su cliente no tiene dinero, que se lo abone ella, a descontar de la parte que le corresponda a su hija Nieves en el precio de la venta de la vivienda; y así lo hace la compradora, esto es, le entrega unas cantidades que recibe en nombre de la menor, en razón a un gestión que tiene encomendada por la querellante, de ahí que las emita a nombre de dicha menor, pero que, sin embargo, en lugar de destinarlos al fin que debía, se apropia de ellas, ocultándolas a la querellante; por lo tanto, se está apropiando de unas cantidades que no le pertenecían. Todo ello lo hace a espaldas de su mandante, y así lo razona la sentencia de apelación, en la parte de su fundamento de derecho cuarto, en que habla de la emisión de las 6 facturas a nombre de la menor Nieves, pagadas por la compradora, que se ingresan en las cuentas que indica el condenado, sin que la querellante conociera su existencia, y lo explica el M.F. en su contestación al recurso en que, refiriéndose a la conducta del condenado, dice que "se tiñe delictiva cuando mantiene en la ignorancia de lo sucedido a su cliente-querellante y aplica esas cantidades a su beneficio o interés personal sin repercutirlas en la cuota del precio de la vivienda que correspondía a la menor. Son cantidades recibidas como representante de la querellante y que debió aplicar al destino para el que se le entregaron y, sin embargo, dispuso de ellas en su particular beneficio".

En definitiva y, en coincidencia con las sentencias de instancia y apelación, consideramos constitutivos del delito de apropiación indebida los hechos que se declaran probados como 1º en la sentencia de instancia, y que tienen como antecedente el apartado b) del escrito de acusación.

2. Sí, en cambio, hemos de decir que no le falta razón al recurrente cuando se queja de que se haya aplicado el art. 74.1 CP, al haberse apreciado el delito de apropiación indebida como continuado, para lo cual viene a argumentar que en los hechos probados se han introducido elementos fácticos, que no los había en las conclusiones definitivas de la acusación, imprescindibles para apreciar dicha continuidad, desde el momento que concreta, individualizándolas, las distintas 6 facturas, cuya suma alcanza los 7.510,07 €, de las que solo hay una genérica y global mención en el escrito de acusación.

En apoyo de su posición, transcribe el recurrente un pasaje de la STS 344/2019, de 4 de julio de 2019 (la conocida como sentencia de "la manada"), en la que, con cita de una abundante jurisprudencia, hace consideraciones en relación con el principio acusatorio, que vincula con el derecho de defensa, de entre las cuales, para lo que aquí interesa, explica que no se vulnera, si se cumplen, entre otros requisitos "a) que el Tribunal respete el apartado fáctico de la calificación acusatoria, que debe ser completo, con inclusión de todos los elementos que integran el tipo delictivo sancionado y las circunstancias que repercutan en la responsabilidad del acusado, y específico, en el sentido de que permita conocer con precisión cuáles son las acciones que se consideran delictivas. Pero estándole radicalmente vedado al Tribunal valorar hechos con relevancia jurídica penal no incluidos en el acta de acusación", lo que, dicho de otra manera, implica que no cabe añadir al relato fáctico presentado por la acusación dato alguno que altere, para perjuicio del acusado, el delito por el que acusa. Ello no cierra, sin embargo, la posibilidad de que la sentencia incorpore detalles no esenciales; ahora bien, en cuanto que esos detalles tengan una incidencia en la calificación que encierre una agravación, no es tolerable, que es lo que ha sucedido al desmenuzar en el hecho probado los momentos espaciados en el tiempo de las 6 facturas, respecto de las cuales, en el antecedente de hecho del escrito de calificación, se dice, exclusivamente, que se presentaron al cobro "6 facturas", sin más, con lo que, ante tal



imprecisión, bien podría haber sido entendido que todas ellas se expidieron a la vez y se presentaron al cobro en el mismo momento.

No es, por lo tanto, esa secuenciación de facturas algo inocuo de cara a la calificación jurídica de los hechos, sino que se entendió fundamental para apreciar la continuidad delictiva, que, como forma agravada en perjuicio de reo, no se debió añadir la sentencia de instancia. Habrá que suprimir, pues, esa continuidad delictiva que viene dada en la sentencia de instancia, sin perjuicio de que haya que mantenerla desde otro punto de vista, por respeto al hecho probado y ser más favorable al acusado las consecuencias que de ello extraigamos, como haremos en el fundamento de derecho quinto.

TERCERO.- También como motivo por *error iuris* nos referiremos a la condena por el delito de deslealtad profesional, por el que viene condenado el recurrente, para exponer las razones por las cuales procede su absolución.

Planteado el problema relativo a la calificación jurídica de la conducta de un letrado que hace suyas cantidades de dinero que recibe de su cliente, en particular las relaciones entre los delitos de deslealtad profesional del art. 467.2 CP y de apropiación indebida, actual art. 253 CP, la cuestión fue sometida a Pleno no Jurisdiccional de la Sala Segunda, de 16 de diciembre de 2008, en que se tomaron los siguientes acuerdos:

"a) El Letrado que distrajere dinero recibido de su cliente por alguno de los títulos del artículo 252 del Código Penal, comete un delito de apropiación indebida.

b) La aplicación de la agravación prevista en el artículo 250.7 del Código Penal se ajustará a las reglas generales.

c) Además cometerá un delito del artículo 467.2, en concurso ideal, si con el mismo hecho perjudicara los intereses que le fueron encomendados en el caso, estrictamente, en atención a sus funciones profesionales como Letrado".

En coherencia con este acuerdo se ha ido consolidando una jurisprudencia de la que recogemos lo que encontramos en la STS 59/2020, de 20 de febrero de 2020, en la que se puede leer lo siguiente:

"Como decíamos en nuestra sentencia 137/2016, de 24 de febrero, citada por la STS nº 237/2019, de 9 de mayo, el tipo penal del art. 467.2 requiere, como elementos integradores: a) que el sujeto activo sea un abogado o un procurador, esto es, se trata de un delito especial; b) desde el punto de vista de la dinámica comisiva, que se despliegue una acción u omisión, que en ambos casos derivará en un resultado; c) como elemento objetivo, que se perjudique de forma manifiesta los intereses que le fueron encomendados; y d) desde el plano de culpabilidad, un comportamiento doloso, en el que debe incluirse el dolo eventual, o bien un comportamiento culposo, en el que concorra "imprudencia grave". Es evidente que la razón de la incorporación del precepto en la ley penal es la incriminación de aquellas conductas más intolerables, desde el plano del ejercicio de las profesiones jurídicas indicadas, ya que, si así no fuera, por el carácter subsidiario y de intervención mínima del Derecho penal, los comportamientos ilícitos en el desempeño de tales profesiones integrarían una conculcación de las normas colegiales de actuación profesional. (STS 4-3-2013, entre otras). De esta doctrina resulta que debe acreditarse la existencia de un perjuicio manifiesto de los intereses encomendados al acusado, y que ese perjuicio se deriva de su acción u omisión".

Si, ahora, vamos a los hechos que declara probados la sentencia de instancia, y tras las consideraciones realizadas en el fundamento de derecho precedente, concurren cuantos elementos son precisos para definir un delito de apropiación indebida, esto es, el acusado incorporó ilegítimamente a su patrimonio la cantidad de 7.510,07 €, abusando de la relación profesional que tenía con su cliente; ahora bien, aun cuando esto fue así, cumplió con la actuación profesional que le fue encomendada, como era intervenir, a partir de la condición de defensor judicial de la menor, y en representación de ella, por el mandato que le confirió su madre, en la formalización del contrato de compraventa para el que tenía encargo expreso; por lo tanto, ningún perjuicio le ocasionó. En consecuencia, aunque se apropiara indebidamente de esa cantidad de dinero, desde el momento que realizó correctamente las gestiones para las que fue contratado, no concurre en su actuación profesional como letrado ese plus de reproche preciso para hablar del perjuicio necesario para apreciar el delito de deslealtad profesional, razón por la que procede la absolución respecto del mismo, y ello porque en el delito de apropiación indebida queda abarcada la totalidad de la significación antijurídica de su proceder. El acusado realizó las gestiones que se le encomendaron con éxito; no hubo, por tanto, para su cliente más perjuicio que ese apoderamiento ilegítimo de unas cantidades, de ahí la subsunción de este comportamiento en el delito de apropiación indebida, por lo que, de añadir también una condena más por el de deslealtad profesional, se incurriría, además, en un intolerable *bis in idem*.

CUARTO.- Por los hechos que declara probados la sentencia de instancia, consistentes en el cobro por parte del condenado de una factura por importe de 448,91 € a nombre de la menor, con mención a datos que no



se correspondían con la realidad, y que gira a Agustina (la compradora), que ésta le abonó, cuya valoración jurídica se hizo en el fundamento de derecho segundo de la sentencia de instancia, siendo calificados como delitos de falsedad en documento mercantil del art. 392.1 CP, en concurso de normas con un delito de estafa del art. 250.1.6 CP, y se impuso la pena de un año de prisión, ni hubo impugnación expresa con ocasión del recurso de apelación ni la ha habido en este de casación, no obstante lo cual, en la medida que la jurisprudencia de esta Sala ha venido examinando de oficio cuestiones por *error iuris* que sean favorables al acusado, con independencia de que las introdujera formalmente la defensa, se está en el caso de revisar dicha calificación jurídica.

1. Comenzaremos por la calificación relativa al delito de falsedad, que se considera como perpetrada sobre documento mercantil, siendo el único argumento que se utiliza para ello que la factura es un documento mercantil, lo que no hemos de negar. Ahora bien, dicho esto, no implica, necesariamente, que sea acertada tal calificación, como no consideramos que lo fuera en el caso que nos ocupa.

El documento del que la sentencia de instancia parte, para tal calificación, es el obrante al folio 453, sobre el que se preguntó a un par de testigos, y que ha revisado este Tribunal, en el cual no encontramos por ningún lado que aparezca la palabra "factura", y sí, en cambio la de "recibo"; dicho documento no se debe entender sino en relación con los otros que están incorporados inmediatamente a él a las actuaciones, como el que se encuentra en el folio 452, que se encabeza como "FACTURA PROCURADORA", y en el que literalmente se puede leer "adjunto la envío el recibo de Provisión de fondos de la Procuradora de DIRECCION000 que le comenté", y en el folio 451, que se encabeza como "JUSTIFICANTES DE PAGOS", y que contiene un texto que dice: "JUST PAGO REGISTRO POR [...]", ante lo cual, por más que en uno de dichos documentos aparezca la palabra "factura", difícilmente cabría considerarla el documento mercantil que, como tal, se entiende en el ámbito de las relaciones comerciales que se desenvuelven en este sector del ordenamiento, sino que más bien responde a otra idea, como es la de mero justificante de pago de una cantidad que se debe, más propia de relaciones entre particulares, como, de hecho, resulta de una valoración conjunta de los documentos indicados, vistas esas menciones que en los mismos hemos destacado ("recibo" y "justificantes de pagos").

Con lo que estamos diciendo queremos significar que la formalidad de que aparezca una denominación en un documento no debe llevar aparejado que se eleve a la categoría de identificarlo con su contenido material, para lo cual habrá que estar a las circunstancias del caso, de manera que sea en función de las mismas como se defina con precisión su correcta naturaleza, más si nos movemos en el ámbito del derecho penal en que la búsqueda de la realidad material ha de primar sobre cualquiera otra, por lo que, al tener que ser enfocada la cuestión desde este punto de vista, ni siquiera nos detendremos en si la factura que nos ocupa puede ser considerado como un documento mercantil conforme a la legislación mercantil, porque, a los efectos de lo que a nosotros interesa, no podemos darla mayor consideración que la de ser un justificante de pago

En efecto, en el caso, podemos decir que eso que formalmente se denomina factura no se emite en relación con una actividad comercial, no representa un acto de comercio, sino que simplemente obedece a dejar constancia del pago de una relación contractual de carácter privado, de ahí que, si hablamos de justificante de pago o de recibo, como figura en otros de los documentos, nos parece que se ajusta más a la realidad de a qué responde el conjunto de dichos tres documentos; no vemos, por lo tanto, que sea a una relación comercial, ni el documento reúne el contenido propio de tal, de ahí que lo procedente sea despojarle de la condición de documento mercantil y su tratamiento en este campo del derecho penal deba ser como simple documento privado.

Con lo dicho, no es que estemos negando el carácter de documento mercantil a una factura, sino que es fundamental, para dotarle de relevancia penal como tal a los efectos de la falsedad que precisa este tipo de documentos en nuestro ámbito penal, valorar las circunstancias y función atinentes al documento, porque de ello dependerá su real consideración, y son estos factores los que nos llevan a decantarnos, en el caso que nos ocupa, por considerar que esa denominada factura no reúne las características para considerar subsumible su falsificación en el art. 392 CP, y sí en su art. 395, puesto que, cualquiera que sea la denominación que se quiera dar a la que aquí nos ocupa, no es otra cosa que un justificante de pago.

2. La segunda consideración será en relación con el subtipo agravado del nº 6 del apdo. 1 del art. 250 CP que ha sido aplicado, esto es, por considerar que la estafa se cometió con abuso de las relaciones personales existentes entre víctima y defraudador, que, partiendo de la restrictiva aplicación con que se ha de acudir al mismo, consideramos que no debió ser apreciado.

Antes, sin embargo, hay que decir que, si repasamos el escrito de conclusiones de la acusación particular, en lo que tal delito se refiere, la circunstancia específica de agravación que menciona es la del número 5º, no del 6º del art. 250.1 CP, que es la que aplica la sentencia de instancia, lo que no debió alterar el tribunal sentenciador,



ni a pretexto de que pudiera deberse a un error, porque, ante tan distinto contenido, entra en colisión con el derecho de defensa.

Dicho esto, retomamos lo que decíamos sobre la restrictiva aplicación de la referida circunstancia del número 6º, respecto de la cual, en STS 822/2021, de 28 de octubre de 2021, trayendo a colación una jurisprudencia consolidada, decíamos que "la aplicación del subtipo por el abuso de relaciones personales o profesionales del núm. 7º del artículo 250 del Código Penal (actual núm. 6) queda reservada para aquellos supuestos en los que además de quebrantar una confianza genérica, subyacente en todo hecho típico de esta naturaleza, se realice la acción típica desde una situación de mayor confianza o de mayor credibilidad que caracteriza determinadas relaciones previas y ajenas a la relación subyacente; en definitiva, un plus que hace de mayor gravedad el quebrantamiento de confianza implícito en delitos de este tipo, pues en caso contrario tal quebrantamiento se encontraría ordinariamente inserto en todo comportamiento delictivo calificable como estafa (STSS 1753/2000, de 8-11; 2549/2001, de 4-1; 626/2002, de 11-4; 890/2003, de 19-6; 383/2004, de 24-III; 813/2009, de 13-7; y 1084/2009, de 29-10).

De ahí que se subraye como exigencia que igualmente ha destacado esta Sala que la confianza de la que se abusa y la lealtad que se quebranta deben estar meridianamente acreditadas, pudiendo corresponder a especiales relaciones profesionales, familiares, de amistad, compañerismo y equivalentes, si bien han de ser objeto de interpretación restrictiva, reservándose su apreciación para casos en los que, verificada esa especial relación entre agente y víctima, se aprecie manifiestamente un atropello a la fidelidad con la que se contaba (STS 371/2008, de 19-6). Junto al engaño característico del delito de estafa ha de existir alguna situación, anterior y ajena a los actos defraudatorios en sí mismos considerados, de la que abuse o se aproveche el sujeto activo para la comisión de tal delito (SSTS 1169/2006, de 30-11; 785/2005, de 14-6; y 9/2008, de 18-1)".

De conformidad con dicha jurisprudencia, pues, no cabe apreciar en el caso dicha agravación, a la vista de cómo ha quedado redactado el hecho probado, ya que, tal como lo ha sido, no refleja mayor confianza entre la querellante y el condenado que la resultante de la relación profesional de éste para con aquélla; a lo que cabe añadir que el ardid engañoso se tiende sobre persona distinta, como fue la compradora de la vivienda, según se recoge en el fundamento de derecho segundo de la sentencia de instancia, cuando explica que "con esa apariencia engañosa o falsaria elaborada provocó la creencia errónea y suposición no ajustada a la realidad de la Sra. Agustina , provocando finalmente que ella abonase esa cantidad al creerse de verdad que [...]".

3. Tras las consideraciones realizadas en los dos bloques anteriores, resulta que lo calificado en la sentencia de instancia, en relación con lo que describe en el párrafo primero del hecho 2º de los que declara probado, como delitos de falsedad en documento mercantil del art. 392.1 CP, y de estafa, subtipo agravado por razón de abuso de relaciones personales, del art. 250.1.6º CP, entendemos que, en realidad, la calificación jurídica que les corresponde es, por un lado, la de falsedad en documento privado del art. 395 CP y, por otro, la de estafa simple del art. 248 y 249 CP, ante lo cual la regla concursal aplicada en la instancia para su punición varía también, pues, según jurisprudencia asentada por esta Sala, de la misma manera que la falsedad en documento público, oficial o mercantil no queda absorbida por la estafa, no sucede lo mismo cuando se utiliza un documento privado como medio para cometer la estafa, estando la base para ello a partir de la redacción del propio art. 395 CP, que castiga a "el que, para perjudicar a otro, cometiere en documento privado alguna de las falsedades previstas en los tres primeros números del apartado 1 del artículo 390", así como del art. 248.1 CP, conforme al cual "cometen estafa los que, con ánimo de lucro, utilizaren engaño bastante para producir error en otro, induciéndolo a realizar un acto de disposición en perjuicio propio o ajeno", de manera que, si no fijamos en estos artículos, vemos que en ambos se dan los elementos perjuicio, que en el caso de la estafa se precisa que sea patrimonial, y engaño, que en el de la falsedad lo sea valiéndose de un documento falso, de ahí que se hable de estafas documentales, lo que es fundamental para acudir a ese criterio de absorción por el que se decanta nuestra jurisprudencia, de la que, como muestra, tomamos la STS 671/2014 de 8 de octubre de 2014, en la que decíamos como sigue:

"En la STS 1126/2011 de 2 de noviembre, ya se indicaba como, incluso antes del Código Penal de 1995, la doctrina científica consideró al documento falsificado, funcionalmente destinado a cometer una estafa (estafas documentales), como identificable con el engaño. El engaño sería el propio documento, entendiendo fundidos ambos conceptos por consunción, ya que la alteración documental no es un ingrediente más del ardid, sino su misma esencia. Ciertamente en ese tiempo se entendían enteramente solapadas tales conductas por coincidencia del desvalor contenido en ambos injustos. El engaño era equivalente a la falsedad y el ataque al patrimonio del tercero lo integraba el elemento típico consistente en "el perjuicio de tercero o el ánimo de causarlo", que incluía el art. 306. Si bien, por aplicación del principio de alternatividad se aplicaba la pena de la falsedad por ser más grave.

Tras el Código Penal de 1995, la regulación de los conflictos de normas preordena el principio de consunción al de alternatividad por lo que, a salvo los supuestos excepcionales en que la falsedad extiende sus efectos



en el tráfico jurídico más allá del patrimonio del sujeto pasivo de la estafa, es decir cuando el documento falso "sea un documento privado", por el carácter finalista de este tipo falsario, que requiere para su comisión la intención de "perjudicar a otros" (art. 395 CP), es claro que la falsedad queda consumida por la antijuridicidad típica de la estafa.

Esta solución se avala jurisprudencialmente, además de por la citada Sentencia, entre otras, por la más reciente nº 232/2014 de 25 de marzo , que recuerda que no existe esa consunción cuando la falsedad se refiere a documentos mercantiles o públicos, ya que:

El concurso aparente de normas implica, por definición, una unidad valorativa frente al hecho cometido, de suerte que la aplicación de uno solo de los tipos que convergen en la definición del concurso, es más que suficiente para agotar todo el desvalor jurídico-penal que puede predicarse de la infracción. Forma, pues, parte de su fundamento la suficiencia de uno de los preceptos para la correcta y plena valoración jurídico-penal de la conducta. De no acoger las normas concebidas por el legislador para la solución de esos casos de colisión de preceptos penales, se correría el riesgo de incurrir en una doble incriminación del hecho, con la consiguiente quiebra del principio de proporcionalidad (cfr. SSTS 35/2012, 1 de febrero; 971/2011, 21 de septiembre y 254/2011, 29 de marzo, entre otras muchas).

Y en lo que aquí importa, se añade consecuentemente que no es esto lo que acontece entre la falsedad en documento mercantil y la estafa advirtiendo que la tesis de la absorción es la aplicable a los supuestos en que el documento falso sea un "documento privado", por el carácter finalista de este tipo falsario, que requiere para su comisión la intención de "perjudicar a otro".

En resumen, la calificación jurídica correspondiente al párrafo primero del 2º de los hechos que declarada probado la sentencia es como constitutivo, únicamente, de un delito de estafa básica, de los arts. 248 y 249 CP, y no de falsedad en documento mercantil en concurso con estafa agravada, como venía calificados en la sentencia recurrida, calificación ésta que se deja sin efecto.

Sentado esto, consideramos que este delito puede ser apreciado en régimen de continuidad delictiva con la apropiación indebida a que nos hemos referido en el fundamento de derecho segundo, cuestión que tratamos en el siguiente fundamento de derecho.

QUINTO.- En ese fundamento de derecho segundo hemos expuesto las razones por las cuales consideramos que la calificación que corresponde a los hechos que declara probados la sentencia de instancia en su punto 1º es como constitutivos de un delito de apropiación indebida y no de estafa, como pretendía la defensa del recurrente; entre otras razones, en apoyo de su pretensión, esgrimía ésta que, si se consideraban como estafa, no cabía una condena por apropiación indebida, como así se dio, por tratarse de delitos que no eran homogéneos. Aquí dejamos ese debate, sin, siquiera, entrar en las peculiaridades de casos limítrofes entre uno y otro delito, pues no interesa, a los efectos de exponer las razones por las cuales consideramos que cabe apreciar supuestos de continuidad delictiva, en el caso, entre ambos delitos, en la medida que los criterios por los que se ha orientar esta cuestión difieren de los que, por razón del derecho de defensa, al poner el acento en la no homogeneidad entre dichos delitos, impedirían que acusando por uno se condene por otro.

Como hemos ido viendo a lo largo de los razonamientos que se han desarrollado en los fundamentos precedentes, en particular en el segundo y cuarto, recordamos que los hechos relatados en el 1º de los declarados probados son constitutivos de un delito de apropiación indebida básico, y los de 2º de un delito de estafa, ambos cometidos por el acusado.

El art. 74.1 CP, en referencia al delito continuado, establece que "el que, en ejecución de un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión, realice una pluralidad de acciones u omisiones que ofendan a uno o varios sujetos e infrinjan el mismo precepto penal o preceptos de igual o semejante naturaleza, será castigado como autor de un delito o falta continuados [...]".

No es preciso, pues, que las distintas acciones sean constitutivas de un mismo delito, sino que basta con que se trate de delitos de igual o semejante naturaleza, y qué duda cabe que la apropiación indebida y la estafa lo son, y basta para ello con remitirnos al propio Código Penal, que, dentro de su Título XIII, en su Capítulo VI, "de las defraudaciones", incluye a ambas, en la Sección 1ª a la estafa y en la actual 2ª bis (2ª antes de la reforma de 2015) a la apropiación indebida. Estamos, pues, ante dos tipos de defraudación.

En este sentido, en STS 209/2018, de 3 de mayo de 2018, decíamos que "no es rechazable de forma tajante apriorística y absoluta que la estafa y la apropiación indebida puedan ser consideradas infracciones de naturaleza semejante a los efectos de la continuidad delictiva (art. 74 CP). Esa reflexión nos permite en beneficio del reo aglutinar las infracciones objeto de condena en un único delito continuado de estafa y apropiación indebida...". Y en ella se recuerda que "la STS 1560/2001, de 15 de septiembre -por citar algún precedente en apoyo de esta decisión- admite ese tipo de continuidad delictiva entre ambas morfologías



defraudatorias (estafa y apropiación indebida): si obedecen a un designio conjunto o se aprovecha idéntica ocasión".

Y con mención a la STS 385/2014, de 23 de abril de 2014, trae consideraciones de ésta relativas a la existencia de un mismo propósito de enriquecimiento a costa del mismo sujeto, todo ello abarcado por un mismo dolo global por parte del autor, de manera que, aunque no sean siempre infracciones homogéneas a los efectos de las exigencias del principio acusatorio, no cabe duda que han de considerarse infracciones de semejante naturaleza para poder ser aglutinadas en una única infracción continuada contra el patrimonio, solución a la que acudir por ser favorable al reo.

Pues bien, tal como aparece en los hechos probados, tanto de lo que se relata en el 1º, como en el 2º, se aprecia un cierto plan por parte del recurrente, a través del cual desarrolla su actividad defraudatoria, que permite hablar de una unidad delictiva, característica del delito continuado. En ambos casos aprovecha su relación como abogado con la querellante, y aunque se trate de procedimientos distintos en los que actúa, la mecánica que en uno y otro caso utiliza responde a su único plan de apoderarse de manera ilícita de una cantidad de dinero a costa de ocasionar un perjuicio a su cliente, todo ello en un periodo de tiempo coincidente, circunstancias éstas que nos permiten apreciar esa continuidad delictiva de la que venimos hablando.

SEXTO.- Consideramos, pues, que el condenado despliega su plan defraudatorio mediante un delito de apropiación indebida y otro de estafa, que, por lo tanto, dará lugar a la condena por una sola pena, al ser apreciados ambos en régimen de continuidad delictiva, lo que, en definitiva, conlleva una estimación parcial del recurso, aun cuando no sea por razones expuestas por el recurrente.

En este sentido, como única pena para el referido delito continuado la fijamos, partiendo de las que se establecen en el art. 249 CP, y tratándose de un delito continuado, en un año, nueve meses y un día de prisión, pena que llevará aparejada la de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante la condena.

Se mantiene, además, en aplicación del art. 56.1.3ª CP, la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la abogacía por tiempo de un año, que viene dada en la sentencia de instancia, porque, aun suprimida la condena por el delito de deslealtad profesional, ello no quita para reconocer la directa vinculación que tienen los hechos cometidos con la profesión de abogado del recurrente.

Asimismo, la estimación parcial del recurso ha de llevar una variación en el particular relativo a las costas de la instancia, de manera que, reducida a una condena la pretensión de tres que se formulaba por la acusación, se impone al acusado el pago de una tercera parte de las de instancia, declarando de oficio los dos tercios restantes.

SÉPTIMO.- Como consecuencia de la estimación del recurso y de conformidad con lo establecido en el artículo 901 de la LECrim., corresponde declarar de oficio las costas de esta casación.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

1º. HABER LUGAR A LA ESTIMACIÓN PARCIAL del recurso de casación interpuesto por la representación de Fernando contra la sentencia dictada 25/2020, dictada con fecha 22 de julio de 2020 por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura, en Rollo Apelación 15/2020, que confirma en su integridad la 213/2019, dictada con fecha 25 de julio de 2019 por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Cáceres en Procedimiento Abreviado 16/2019, que se casa y anula, dejando sin efecto las mismas.

2º. En consecuencia, se suprime del fallo de esta sentencia de instancia la condena por el delito de apropiación indebida continuada en concurso ideal con el de deslealtad profesional, así como la condena por el delito de falsificación en documento mercantil en concurso de normas con el delito de estafa agravada, con sus correspondientes reglas concursales, así como sus respectivas penas, y, en su lugar, se subsumen todos los hechos en un único delito continuado de apropiación indebida y estafa.

3º. Se declaran de oficio las costas procesales causadas en este recurso de casación.

Notifíquese esta resolución a las partes haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

RECURSO CASACION núm.: 4222/2020



Ponente: Excmo. Sr. D. Ángel Luis Hurtado Adrián

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María del Carmen Calvo Velasco

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Segunda Sentencia

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca

D^a. Ana María Ferrer García

D. Pablo Llarena Conde

D. Vicente Magro Servet

D. Ángel Luis Hurtado Adrián

En Madrid, a 9 de marzo de 2022.

Esta Sala ha visto el Recurso de casación 4222/2020, interpuesto por **Fernando**, contra la sentencia nº 25/2020, dictada con fecha 22 de julio de 2020 por la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura (Rollo de apelación 15/2020) que, notificada, fue recurrida en casación por su representación procesal, sentencia que ha sido casada por la anterior sentencia dictada el día de la fecha por esta Sala Segunda, integrada por los Excmos. Sres. Magistrados anotados al margen.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Ángel Luis Hurtado Adrián.

ANTECEDENTES DE HECHO

ÚNICO.- Se aceptan y dan por reproducidos los hechos declarados probados en la sentencia de instancia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO.- Vistas las consideraciones que hemos hecho en la sentencia rescindente, en orden a la modificación de la calificación jurídica de los hechos declarados probados, y en atención a los criterios de individualización expuestos en la misma, que expresamente ratificamos, tras suprimir de la sentencia de instancia la condena por el delito de apropiación indebida continuada en concurso ideal con el de deslealtad profesional, así como la condena por el delito de falsificación en documento mercantil en concurso de normas con el delito de estafa agravada, con sus correspondientes reglas concursales, así como sus respectivas penas, **CONDENAMOS** a Fernando como autor penalmente responsable de un delito continuado de apropiación indebida y estafa a la única pena de UN año NUEVE meses y UN día de prisión.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

SUPRIMIR del fallo de la sentencia de instancia la condena por el delito de apropiación indebida continuada en concurso ideal con el de deslealtad profesional, así como la condena por el delito de falsificación en documento mercantil en concurso de normas con el delito de estafa agravada, con sus correspondientes reglas concursales, así como sus respectivas penas, y, en su lugar, **CONDENAMOS** a Fernando, como autor penalmente responsable de un delito continuado de apropiación indebida y estafa a la única pena de UN año, NUEVE meses y UN día de prisión, con su accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante la condena.

Se mantiene la condena relativa a la pena accesoria de inhabilitación para el ejercicio de la abogacía por tiempo de un año, así como los demás pronunciamientos de la sentencia de instancia relativos a responsabilidad civil, y en cuanto a las costas de la primera instancia, se le condena al pago de una tercera parte, declarando de oficio los dos tercios restantes.

Notifíquese esta resolución a las partes haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.